

RESOLUCIÓN (Expte. R 532/02, Weblisten/Sony)

Pleno

Excmos. Sres.:

González Solana, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 7 de Mayo de 2003

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Dña. M^a Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 532/02 (2138/00 del Servicio de Defensa de la Competencia, el Servicio, SDC), de recurso interpuesto por Weblisten S.A., contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de fecha 12 de junio de 2002, por el que se acuerda el sobreseimiento del expediente que se inició por denuncia presentada por dicha entidad contra Sony Music Entertainment (Spain) (en adelante, Sony) y la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (en adelante, Agedi) por la realización de actos que pudieran suponer conductas prohibidas por los artículos 6 y 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 16 de Marzo de 2002 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia escrito de D. Antonio Álvarez-Buylla Ballesteros, en representación de la compañía Weblisten S.A., en el que denuncia a Agedi y a Sony por diversas infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia.

Según la denunciante, las infracciones consistían en la negativa injustificada por parte de las denunciadas a autorizar a la denunciante para transmitir las canciones que Sony produce por internet, actuación que califica como “competencia desleal por infracción de normas,

abuso de posición de dominio e infracción de la competencia por intento de creación de un monopolio” incursas en los artículos 6 y 7 de la LDC.

2. El Servicio de Defensa de la Competencia, tras acordar, por Providencia de 14 de diciembre de 2000, la incoación del oportuno expediente, siguiéndose con el nº 2138/00, ordenó la práctica de diversas diligencias y pruebas, dictándose el 12 de junio de 2002, después de observar los trámites procedimentales legalmente establecidos, por el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, Acuerdo por el que dispone el sobreseimiento del expediente.

En concreto dicho Acuerdo, entre otros razonamientos, señala que “ *la negativa de Agedi a licenciar los derechos de Sony, está justificada porque no puede disponer de unos derechos que no tiene encomendados... La incriminación a Sony de su negativa de licencia, lo mismo que la discriminación que según Weblisten supone el que Sony explote su música por sí misma o mediante licencias a terceros determinados y no permita la explotación por Weblisten, únicamente podría examinarse desde el artículo 6, como abuso de posición dominante y no desde el artículo 1 que contempla acuerdos colusorios y no conductas unilaterales...*” que a la acusación a Sony de competencia desleal por utilizar y explotar sus propios fonogramas en Internet sin permitir que Weblisten también los utilice... estando la cuestión de fondo en discusión ante los tribunales, no parece que sea la Administración quien, como pretende Weblisten, deba resolver las dudas que existen sobre la extensión del derecho de comunicación pública y del de reproducción, afirmando la obligación de Sony de licenciar su música a quien se lo pida para que la explote en internet... Por lo que respecta a la acusación de que Sony licencia su música a otros competidores de Weblisten, la posible coincidencia de nombre entre las filiales españolas y sus matrices extranjeras no debe inducir a imputar a estas filiales conductas de sus matrices, pues lo que permite la LDC es justamente lo contrario... Por todo ello, procede el sobreseimiento del presente expediente y el archivo de las actuaciones.”

3. El 1 de julio de 2002, D. Antonio Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de Weblisten S.A., interpuso ante este Tribunal recurso contra el referido Acuerdo de sobreseimiento del expediente incoado. El Tribunal requirió del Servicio la remisión del correspondiente Informe, así como que expresara la fecha de

notificación del escrito y remitiera las actuaciones seguidas por el mismo.

4. Mediante escrito, que tuvo entrada en este Tribunal el 4 de julio de 2002, el Servicio comunica que el recurso ha sido interpuesto dentro de plazo y que las alegaciones expuestas por la recurrente en su escrito no desvirtúan las razones que fundamentaron la decisión recurrida. En concreto, señala que *“el escrito de recurso es el mismo que Weblisten presentó en la fase de alegaciones a la propuesta de sobreseimiento y, por todo ello, debe entenderse que no se desvirtúa el contenido del Acuerdo de sobreseimiento, que debe mantenerse”*.
5. En fecha 4 de julio de 2002, se dicta Providencia por la que se concede plazo a los interesados para formular alegaciones, presentándose por éstos sus respectivos escritos que obran en las actuaciones.
6. En el presente recurso son interesados:
 - Weblisten S.A.
 - Sony Music Entertainment (Spain) S.A.
 - Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI)
7. El Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó sobre el presente expediente en el Pleno celebrado el día 23 de abril de 2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.

La cuestión a dilucidar en el presente recurso se centra en determinar la procedencia o no del sobreseimiento acordado por el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia con fecha 12 de junio de 2002.

Para ello, es preciso hacer constar en primer término las alegaciones en que la empresa recurrente fundamenta su recurso y que consisten, básicamente, en las siguientes:

- 1) En primer lugar, Weblisten efectúa una serie de manifestaciones acerca de la actividad que dicha empresa realiza y la calificación que de la misma ha de hacerse al amparo de la Ley de Propiedad Intelectual. Así, señala que su actividad consiste en la transmisión en línea de canciones, es decir, en poner en la red un fichero de canciones

extraídas de fonogramas para que sus abonados puedan descargar en sus ordenadores las que elijan; señala que, contra lo afirmado por el Servicio, no es cierto que el usuario pueda grabar las canciones en el disco duro de su ordenador siendo, por tanto, su actividad de “comunicación pública”. Afirma que, por ello desde la perspectiva de la Ley de Propiedad Intelectual, de la Directiva 2001/29/CE y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2001, los productores de fonogramas tienen que gestionar estos derechos a través de las entidades de gestión (Agedi) y éstas están obligadas a conceder las licencias a quien se lo pida y que, por ello, las otras entidades de gestión, Sgae y la Aie le han concedido la correspondiente licencia, siendo Agedi la única que se la ha negado.

- 2) Por otro lado, afirma que el contrato de gestión entre Agedi y Sony es de fecha supuesta y de contenido simulado, habida cuenta de que la Asamblea a la que el mismo se refiere no ha tenido lugar, habiéndose abierto, por ello, en el Juzgado de Instrucción nº 31 de Madrid unas diligencias previas que se siguen con el nº 461/2001.
- 3) Por todo ello, considera que, al negarse Sony a autorizar a la recurrente a transmitir sus canciones por Internet, ha vulnerado la normativa de defensa de la competencia, constituyendo dicha conducta:
 - Una infracción del art. 7 de la LDC, pues la conducta de Sony constituye una competencia desleal por infracción de Ley toda vez que, como antes ha manifestado, conforme a la Ley de Propiedad Intelectual, la recurrente puede realizar su actividad de comunicación, constituyendo la actuación de Sony un intento de obstaculizarla que es contrario a dicha Ley.
 - Competencia desleal por abuso de posición de dominio. Afirma que, con independencia de cuál sea la cuota de mercado de Sony en la distribución de fonogramas, lo importante es la cuota de mercado que ha alcanzado Sony en la actividad de comunicación pública de fonogramas a través de Internet, debiéndose tener en cuenta las plataformas Presplay y Musicnet, a través de las cuales Sony desarrolla esta actividad.
 - Finalmente, señala una infracción de la competencia por creación de una situación de monopolio, afirmando que las cinco grandes discográficas, que alcanzan un 80% de la distribución musical, han creado dos plataformas a través de las cuales pretenden

hacerse con todo el mercado mundial de la comunicación pública de fonogramas a través de Internet.

Por todo ello, considera la recurrente que el Tribunal debe revocar el archivo acordado, ordenando la continuación de la instrucción del expediente.

Por su parte, el Servicio y las denunciadas se oponen a la revocación del acuerdo recurrido.

SEGUNDO.

Tras el estudio y deliberación correspondiente entiende este Tribunal que los argumentos de la recurrente no pueden ser acogidos, debiendo dar, por tanto, la razón al Servicio en sus razonamientos contenidos en el Acuerdo impugnado.

Efectivamente, los hechos que imputa la hoy recurrente a Sony y Agedi relativos, básicamente, a la no concesión a dicha entidad por parte de las denunciadas de la licencia precisa para la transmisión por Internet de las canciones que produce Sony, carecen de consistencia y no permiten imputar a éstas infracción alguna de la Ley de Defensa de la Competencia, habida cuenta de que la polémica comercial existente entre dichas empresas corresponde, en su caso, a los Jueces y Tribunales que constituyen la justicia ordinaria, no encajando en las definiciones de defensa de la competencia.

En efecto, ha de indicarse que si bien es cierto que este Tribunal es el órgano competente para examinar y determinar si una concreta actuación infringe o no la Ley de Defensa de la Competencia y en ese examen debe y puede interpretar el alcance que ha de darse a ciertas restricciones legales, también lo es que, como señaló la Resolución de 2 de noviembre de 1994, recaída en expediente r 83/94, este Tribunal no es el órgano competente para declarar determinados derechos cuando los mismos no están claros ni definitivamente resueltos.

Pues bien, de la documentación obrante en el expediente, se desprende que la cuestión de fondo que subyace entre las sociedades aquí implicadas consiste, de una parte, en determinar la calificación adecuada que ha de darse a la actividad que realiza la hoy recurrente al amparo de la Ley de Propiedad Intelectual, si se trata de comunicación pública o de reproducción y, de otra, en determinar la extensión que en el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, tiene el derecho de los productores de fonogramas para autorizar la comunicación pública de éstos y de sus copias.

A tal efecto, es de indicar que, al parecer, en la situación actual, la única Resolución judicial que ha resuelto en parte dichos temas ha sido la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2001, que declara subsistente el derecho exclusivo de los productores de fonogramas a autorizar la comunicación pública de éstos y de sus copias reconocido en el art. 109.1 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre.

Al ser esto así, no se puede afirmar que Sony tenga obligación de permitir licenciar su música a quien se lo pida para que la transmita por Internet, es más, dichas cuestiones están siendo también objeto de examen en la actualidad en diferentes procesos judiciales, (así en el Juzgado nº 62 de 1ª Instancia de Madrid se sigue un proceso contra la hoy recurrente por competencia desleal, habiéndose adoptado medidas cautelares contra ella).

Por ello, como se indica en el Acuerdo impugnado, la decisión de definir el contenido y alcance de las facultades que configuran el derecho del productor del fonograma tiene naturaleza civil no pudiéndose, por tanto, declarar que Sony, al no permitir a la recurrente la transmisión de sus canciones por Internet, vulnere la Ley de Propiedad Intelectual y, en consecuencia, al no poderse afirmar la existencia de esa violación de normas por parte de Sony, mal puede tener encaje su actuación en el tipo legal contemplado en el art. 7 de la LDC que exige, como primer presupuesto, la calificación como desleal de la conducta que se enjuicia.

TERCERO.

Tampoco puede entenderse que exista infracción del art. 6 de la LDC, no pudiéndose considerar abusiva la conducta practicada por la entidad denunciada pues, además de las razones antes expresadas, tampoco se dan ninguno de los supuestos que tipifican dicho ilícito concurrencial, pues, como señala el Servicio, ni dicha empresa ostenta posición de dominio en el mercado de los derechos de comunicación pública, donde tiene un 17% según la propia recurrente, ni ésta ha delimitado una posición de dominio de Sony en otro mercado, ni se acredita la realización por ella de conductas no concordes con la competencia, por dificultar ilícitamente ésta pues, como se señala en el Acuerdo impugnado, no pueden atribuirse a la hoy denunciada conductas en las que no ha participado, que han tenido lugar entre entidades extranjeras y celebradas en el extranjero.

Finalmente, es de señalar que lo mismo ocurre en cuanto a la actuación de la otra denunciada, Agedi, pues no pueden dejar de compartirse los argumentos del Acuerdo impugnado al entender justificada su negativa a licenciar los derechos de Sony, al hallarse expresamente excluida, en el contrato

celebrado entre dicha entidad y Sony con aquella, “la comercialización de la música a través de Internet”, sin que corresponda el tratamiento de la validez o no de dicho contrato a este Tribunal, y no pudiéndose concluir que dicha entidad, desde la perspectiva del derecho de la competencia, haya vulnerado las reglas en las que se mueven los operadores económicos.

En conclusión, de acuerdo con lo anteriormente expresado, es preciso confirmar el Acuerdo impugnado, ya que no existen indicios racionales bastantes que permitan sostener que las denunciadas hayan cometido ninguna infracción tipificada en la Ley 16/1989, procediendo, por tanto, con desestimación del recurso, la confirmación del sobreseimiento acordado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Tribunal

RESUELVE

Único. Desestimar el recurso interpuesto por D. Antonio Álvarez-Buylla Ballesteros, en representación de la entidad Weblisten S.A., contra el Acuerdo de sobreseimiento de 12 de junio de 2002, del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, que confirmamos en todas sus partes.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.